FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

DICIEMBRE, 2023

IMPLICANCIAS PROCESALES DE LA SANCIÓN PER SE EN LOS DENOMINADOS CARTELES DUROS: COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA DE LA SENTENCIA N°175/2020 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

"CASO BUSES"

Documento elaborado por Andrés Hernández y Juan Pablo Soto
para el Programa de Libre Competencia UC

1. RESUMEN DEL CASO.

1.1. Antecedentes del caso:

El 26 de septiembre de 2018, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante también, "FNE") presentó un requerimiento en contra de 11 sociedades de transporte público urbano de pasajeros ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En el requerimiento, la FNE solicitó al Tribunal declarar que las sociedades habrían infringido el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del Decreto Ley 211. Lo anterior, debido a que las sociedades habrían celebrado y ejecutado un acuerdo para limitar la producción en el mercado de transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, durante los años 2003 y 2017. En este acuerdo se establecía la obligación recíproca de limitar la cantidad máxima de buses de sus flotas.

A lo largo de este periodo, las Líneas suscribieron 3 protocolos distintos, que sostenían lo siguiente:

- En el primer protocolo, se habría convenido congelar el parque y la dotación de buses por cinco años, y, además, habrían fijado la cantidad de buses que cada Línea podría incorporar en los años siguientes. El protocolo también menciona que las requeridas se obligaban a no compartir terminales ni constituir sociedades con otros eventuales interesados en entrar al mercado.
- En el segundo protocolo, se habría acordado mantener lo dispuesto en el primero por cinco años más.
- En el tercer y último protocolo, se acordó que todas las Líneas – a excepción de la Línea 9, que el año 2012 habría inscrito un bus más de lo permitido, generando conflicto entre las demás líneas, las que mencionaron su voluntad de hacer cumplir el acuerdo bajo la amenaza de una guerra de precios – podían aumentar su flota en un bus extra. Este acuerdo también se pactó con una vigencia de cinco años.

La FNE también menciona en su requerimiento, que el carácter público del registro de la Secretaria Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de la Araucanía (Seremitt IX Región) habría sido un elemento facilitador del acuerdo, al permitir un monitoreo del cumplimiento a bajo costo.

También sostiene que el acuerdo habría "*afectado el mercado relevante, dado que habría limitado la frecuencia, generando (i) mayores tiempos de espera; (ii) tendido a afectar la competencia en precios entre las Requeridas; y (iii) restringido la posibilidad de que las Líneas ofrecieran nuevos recorridos dentro de la ciudad*".

La Fiscalía concluiría que los hechos descritos configurarían una conducta contraria a la libre competencia, por haberse configurado los siguientes elementos:

1- Se trataría de un acuerdo que involucra competidores.
2- Existiría una confluencia de voluntades para afectar una variable competitiva – limitar la producción -, por medio de la restricción de la capacidad de cada Línea para ofrecer servicios de transporte público urbano de pasajeros en las ciudades de Temuco y Padre Las Casas.

En términos generales, las líneas de buses respondieron al requerimiento solicitando su rechazo, en atención a que la suscripción de los acuerdos no habría tenido por objeto limitar la producción ni excluir competidores, sino que más bien se refería a una acción conjunta con la Seremitt de la IX Región, para hacerse cargo de las externalidades del servicio de locomoción colectiva, y que la autoridad estaba consciente de la existencia de estos acuerdos, de modo que no se habría configurado una conducta contraria a la libre competencia.

2. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

Con excepción de la línea 10, el tribunal considera que para sancionar a las imputadas se debe acreditar las siguientes circunstancias (considerando vigésimo cuarto):

1. La existencia de un acuerdo;
2. Que involucre a competidores; y,
3. Que recaiga sobre un elemento relevante de la competencia.

Al tribunal le consta la existencia de un acuerdo celebrado entre las imputadas, que consiste en los tres protocolos antes mencionados, con lo que se verifica la primera circunstancia. Respecto de la segunda circunstancia, el tribunal realiza un análisis del mercado relevante y las condiciones de competencia, concluyendo que, según las pruebas aportadas, efectivamente se trata de un acuerdo celebrado entre competidores, pues todos los recorridos de las líneas se superponen entre sí, al menos parcialmente, en los ejes relevantes de la ciudad. Además, el tribunal comprueba que en dichos protocolos, las requeridas se obligaron a realizar actos estratégicos para dificultar el ingreso de nuevos competidores, objetivo que se cumplió durante el periodo considerado.

Luego, se analiza el objeto del acuerdo para constatar la tercera circunstancia. La FNE acusó a las requerida de limitar la producción en el mercado relevante entre los años 2003 y 2017, mediante la restricción de la capacidad de cada línea para ofrecer sus servicios en la zona geográfica establecida. Con ello, habrían aumentado los tiempos de espera y se habría afectado la competencia en precios entre las líneas, generando un perjuicio a los usuarios del transporte.

Posteriormente, el tribunal determina que el acuerdo efectivamente habría limitado la producción, pues constituyó una restricción a la oferta y a la capacidad productiva de

las líneas de buses, al establecer un límite a la flota de buses de cada empresa, siendo éstos el principal activo de cada compañía.

En el mismo orden de cosas, el tribunal señala que en el derecho de la libre competencia existen ciertos acuerdos considerados como inherentemente anticompetitivos (considerando sexagésimo cuarto a septuagésimo sexto), denominados en la doctrina como "carteles duros". Estos acuerdos, también conocidos como "restricciones desnudas" en Estados Unidos, tienen la particularidad de que son analizados bajo la regla "per se", dado su bajo potencial de beneficio social. El motivo por el cual se les aplica la regla "per se" es "*porque requiere poca o ninguna indagación con respecto al poder de mercado generado o sus efectos anticompetitivos*"[1]. Siguiendo la teoría de los "carteles duros" y la aplicación de la regla "per se", basta probar la existencia de un acuerdo entre competidores que recaiga sobre un aspecto relevante de la competencia para sancionar la conducta, independiente de los efectos anticompetitivos o los perjuicios ocasionados.

En consideración del tribunal, lo anteriormente señalado se encuentra reconocido en la legislación y jurisprudencia nacional, a partir de la historia de la ley y especialmente la eliminación de la exigencia de que el acuerdo confiera poder de mercado a los suscriptores, cuando recaiga sobre una de las variables del artículo 3 letra a) del D.L 211. Esto último se produjo con las modificaciones introducidas al D.L. 211, en virtud de la Ley N° 20.945 del 2016. De igual manera, la jurisprudencia del propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia[2] y de la Excma. Corte Suprema[3] confirman el reconocimiento y aplicación de la teoría de los carteles duros y la regla "per se", en distintos fallos.

Resulta esclarecedor lo señalado por la Corte Suprema en uno de sus fallos[4], cuando expresa que "*[los acuerdos] se agrupan entre aquellos que tienen un objeto anticompetitivo o ilegales per se y aquellos que tienen efectos anticompetitivos o ilegales por la regla de la razón. Los primeros son los denominados carteles duros, que se caracterizan por generar efectos perjudiciales para la competencia, sin que se generen eficiencias que los compensen, razón por la que se prohíben por su sola existencia, pues es tan probable su efecto anticompetitivo que son condenados per se*".

El tribunal determinó que el acuerdo en cuestión corresponde a un cartel duro, ilícito per se.

---

[1] HOVENKAMP (2020) p. 167.

[2] *CENCOSUD, SMU Y WALMART CON FNE (2019), COMPAÑÍA MARÍTIMA CHILENA S.A Y OTROS CON FNE (2019), E INDUSTRIAL Y COMERCIAL BAXTER DE CHILE LTDA. Y LABORATORIO SANDERSON S.A. CON FNE (2020)*

[3] *ASFALTOS CHILENOS S.A. Y OTROS CON FNE* (2016), y *CCNI S.A. Y OTRAS CON FNE (2019)*

[4] *CCNI S.A. Y OTRAS CON FNE (2019)*

La Ministra Sra. Domper y el Ministro Sr. Paredes, señalan en su voto disidente, que no comparten lo expresado en el voto de la mayoría, especialmente en los considerandos vigésimo cuarto y sexagésimo cuarto a septuagésimo sexto, referidos al razonamiento seguido por el tribunal para sancionar a las requeridas y el concepto de "carteles duros" y la aplicación de la regla "per se" y su reconocimiento en la legislación y jurisprudencia chilena.

En atención al tenor literal de la norma, señalan que efectivamente el legislador reconoce la existencia de dos tipos de acuerdos entre competidores, a saber, "*(i) aquellos acuerdos que no requieren probar que confieren poder de mercado a sus miembros para efectos de su posterior sanción, consistentes en fijación de precios, cantidades de producción, asignación de zonas o cuotas de mercado o bid rigging, los que son agrupados por la doctrina en la categoría de "carteles duros" y (ii) aquellos acuerdos respecto de los cuales se debe acreditar que confieren poder de mercado a los competidores miembros del mismo, relativos a condiciones de comercialización o exclusión de competidores;*". Sin embargo, según los ministros disidentes, esta distinción que surge de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.495 al artículo 3 letra a) del D.L 211 es insuficiente para concluir que el legislador tuvo la intención de introducir en nuestro sistema la regla "per se" para sancionar a los "carteles duros".

Según ellos, el legislador tendría que haber señalado expresamente su intención de establecer la regla "per se" para los carteles duros, refiriéndose a ello en un apartado diferente a la regla general del inciso primero del artículo 3 del D.L 211. Por lo mismo, tal como establece el artículo 19 del Código Civil, no se debe desatender el tenor literal de la ley, cuando su sentido es claro, so pretexto de consultar su espíritu.

Los ministros concluyen que "*el hecho de que la Ley N° 20.945 elimine la obligación de probar que los carteles duros le confieran poder de mercado a sus partícipes, no implica que se entiende que ellos son inherentemente contrarios a la libre competencia y que, por lo mismo, se deje de realizar algún tipo de análisis de los potenciales efectos en la libre competencia que generan tal tipo de carteles*". Señalan la importancia de que, aun siendo evidente la existencia de un acuerdo entre competidores, sigue siendo necesario analizar los efectos de dicho acuerdo para la libre competencia.

Como parte de su argumento, mencionan un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos[5], en donde, constatando la existencia de un acuerdo entre competidores, la Corte concilió la aplicación de la regla "per se" y la regla de la razón, pues identificó efectos procompetitivos del acuerdo que impedían una condena bajo el criterio per se. De esta manera, los ministros concluyen que "*los jueces siempre debiéramos ver el efecto en la libre competencia del acuerdo en cuestión, recaiga este en variables de las*

[5] *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984)

denominadas duras o no", pues sigue siendo posible que estos acuerdos, en concreto, no produzcan efectos contrarios a la libre competencia, o que, aun habiéndolos, existan justificaciones, pero ello solo puede ser verificado mediante un análisis previo y exhaustivo.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL.

En nuestra opinión, el razonamiento del tribunal es acertado y coherente lógicamente con el reconocimiento de los "carteles duros" y la aplicación de la regla "per se" en Chile, siguiendo lo establecido por la legislación y jurisprudencia nacional.

Sobre lo anterior, tenemos que considerar la historia del Decreto Ley 211 y las modificaciones que introdujo la Ley 20.945. Según Jorge Grunberg, líder en la tramitación de la ley anterior, en el sistema chileno actual de libre competencia es efectiva la existencia de la regla "per se", pues con la reforma se eliminó la exigencia de que los acuerdos entre competidores confieran poder de mercado, para sancionar ilícitos cometidos por los denominados carteles duros. En sus palabras, esto "*ha significado la incorporación en nuestra legislación de competencia de aquello que en el derecho estadounidense se conoce como la regla per se para carteles duros*[6]".

Otro autor que confirma lo anterior es Manfred Zink, para quien "*la letra a), así como los demás literales, siempre contuvo una concreción específica de una conducta que, concurriendo sus requisitos típicos, era sine qua non anticompetitiva, y lo que hizo la reforma fue simplemente eliminar uno de dichos requisitos: la necesidad de probar poder de mercado*"[7].

Además, siguiendo el tenor literal de la ley, podemos identificar que la norma no establece expresamente el requisito de que un acuerdo entre competidores produzca efectos anticompetitivos, pues el artículo 3 del D.L 211 letra a) establece que "*los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores*". De lo anterior, resulta evidente que para aquellos acuerdos que involucren a competidores, y que consistan en los actos de la primera parte del artículo en su letra a), no se requiere que confieran poder de mercado a los competidores.

Sin embargo, hay una falta de congruencia entre la postura del voto de mayoría a favor de los "carteles duros" y la regla "per se" y el razonamiento que sigue, pues a pesar de

[6] GRUNBERG (2020) p. 2.
[7] ZINK (2021) p. 107.

su posición, aun así, analiza y constata los efectos anticompetitivos del acuerdo que suscribieron las líneas de buses.

Ejemplo de ello, es la verificación de los perjuicios para los usuarios de buses de la zona geográfica Temuco – Padre Las Casas, referidos al mayor tiempo de espera y la falta de competencia por el precio entre las líneas, como también que el acuerdo impidió la entrada de nuevos agentes al mercado. Especialmente lo último, es una forma de constatar que el acuerdo confirió poder de mercado a los competidores que lo suscribieron.

Si el razonamiento del tribunal y su argumentación se fundan en reconocer la aplicación de la regla "per se" para los "carteles duros", entonces debiera ser innecesario constatar los efectos que el acuerdo de las líneas de buses generó en la competencia del mercado relevante o respecto de otros competidores, pues su objeto es ilegal y anticompetitivo por si mismo. Pareciera ser que en algunas de las consideraciones de los argumentos del tribunal, no se recoge en su totalidad la tesis por la que el mismo opta, sino que se razona también según la "regla de la razón", lo que, en definitiva, es incoherente.

La Corte Suprema, recientemente [resolviendo recursos de reclamación interpuestos por algunas de las Líneas], ha desarrollado sobre los requisitos para que se configure la práctica anticompetitiva, reiterando lo que sostuvo anteriormente, esto es: (a) la existencia de un acuerdo, (b) que involucre a competidores, y (c) que recaiga sobre una variable relevante de competencia.[8]

La existencia del acuerdo (a) era un hecho no controvertido, pues las reclamantes sostenían que dichos acuerdos no buscaban limitar la producción, y su objetivo era hacerse cargo de algunas de las externalidades producidas por la provisión del servicio.

Respecto a la letra (b), la Corte Suprema, en relación a lo dicho por el TDLC, sostuvo que las Líneas representan a los dueños y arrendatarios de los autobuses y son responsables de cumplir con la normativa aplicable por parte de sus miembros. Las líneas de autobuses son los actores económicos que compiten en el mercado del transporte de pasajeros a través de los autobuses que operan, con independencia de si son dueños de los autobuses o la forma en que distribuyen las ganancias.

Por último, el acuerdo sí habría afectado variables competitivas (c) en cuanto, como sostiene la Corte, las totalidad de las Líneas que son competidoras entre sí habrían realizado acuerdos que tuvieron por efecto conferirles poder de mercado, ya sea impidiendo la entrada de nuevos agentes económicos o bien limitando la producción del servicio de transporte público por medio de buses.

[8] *Sociedad de Transportes Avda. Alemania–P Nuevo S.A Y Otras Con FNE (2023)*

CONCLUSIONES:

En síntesis, en el caso analizado, podemos observar una concreción de la aplicación de la regla "per se" para los "carteles duros" en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Lo anterior resulta del todo acertado, considerando la historia y el tenor literal del Decreto Ley 211 y la jurisprudencia del propio tribunal y de la Corte Suprema.

Sin embargo, el razonamiento del tribunal parece ser insuficiente para construir una línea jurisprudencial que brinde suficiente certeza jurídica y claridad en la materia, pues la posición por la que se opta no se sigue con todas sus consecuencias, al incluir consideraciones que pertenecen más bien a un razonamiento según la "regla de la razón".

Si bien compartimos lo resuelto en la sentencia, estimamos que este tipo de fallos son una oportunidad para despejar de toda duda la discusión sobre el reconocimiento y aplicación de la regla "per se" en materia de libre competencia en nuestro ordenamiento jurídico y, que aquello, no fue aprovechado del todo en el fallo en cuestión.

Bibliografía citada:

1. GRUNBERG, Jorge (2020): "*Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: Un problema regulatorio aparente*", p. 2.

3, *letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se*", p. 107.

2. HOVENKAMP, Herbert (2020): "*Principles of Antitrust*", p. 167.
3. ZINK, Manfred (2021): "*¿Tienen cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se*", p. 107.

Normas e instrumentos citados:

1. DECRETO LEY N°211 (22/10/1973), Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.
2. LEY 20.945 (30/08/2016), Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia.

Jurisprudencia citada:

ASFALTOS CHILENOS S.A. Y OTROS CON FNE (2016): Corte Suprema, 12 de octubre de 2016 (acción de reclamación), Rol N°5.128-2016

CCNI S.A. Y OTRAS CON FNE (2019): Corte Suprema, 14 de agosto de 2020 (acción de reclamación), Rol N°15.005-2019

CENCOSUD, SMU Y WALMART CON FNE (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de febrero de 2019, Rol N°167-2019

COMPAÑÍA MARÍTIMA CHILENA S.A Y OTROS CON FNE (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 24 de abril de 2019, Rol N°171-2019

INDUSTRIAL Y COMERCIAL BAXTER DE CHILE LTDA. Y LABORATORIO SANDERSON S.A. CON FNE (2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 8 de enero de 2020, Rol N°172-2020

NCAA V. BOARD OF REGENTS, 468 U.S. 85 (1984)

SOCIEDAD DE TRANSPORTES AVDA. ALEMANIA–P NUEVO S.A Y OTRAS CON FNE (2023): Corte Suprema, 9 de junio de 2023 (acción de reclamación), Rol N°17.418-2021